

LAS INVERSIONES A TRAVÉS DE SOCIEDADES LOCALES EN LOS APPRIS CELEBRADOS POR ESPAÑA CON PAÍSES DE LATINOAMÉRICA

JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER*

CRISTINA IZQUIERDO**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN OTORGADA POR LOS APPRIS A LAS INVERSIONES REALIZADAS A TRAVÉS DE SOCIEDADES LOCALES. 1. Consideraciones generales sobre el ámbito de aplicación subjetiva y objetiva de los APPRIs. 2 APPRIs que incluyen expresamente a las sociedades locales dentro de su ámbito de aplicación. 3 *¿Quid* de los APPRIs que guardan silencio sobre las sociedades locales? 3.1. Sociedades locales controladas por inversores extranjeros. 3.2. La posición de los accionistas minoritarios. III. POSIBLE INCIDENCIA DE LAS ACTUACIONES DE LAS SOCIEDADES LOCALES ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES EN EL SISTEMA DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS PREVISTO EN EL APPRI.

I. INTRODUCCIÓN

Para atraer inversión extranjera muchos Estados se ven en la necesidad de contrarrestar su falta de estabilidad política con instrumentos jurídicos de carácter internacional (aparte de ofrecer ventajas de carácter fiscal, social, etc.).

Debemos aludir, en primer lugar, a la celebración entre los inversores extranjeros y los Estados receptores de inversión de contratos internacionalizados, que designan como Derecho aplicable el ordenamiento de un tercer Esta-

* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid.

Agradezco las aportaciones de A. Rigo Sureda y J. Illescas, con quienes he tenido la oportunidad de debatir algunos aspectos de este trabajo.

** Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid.

do, la *lex mercatoria* o, incluso, el Derecho Internacional, sometiendo las controversias que pudieran surgir al arbitraje internacional¹. Estos contratos son relativamente frecuentes en la práctica. Baste pensar en las concesiones para la explotación de yacimientos petrolíferos que dieron lugar a célebres laudos arbitrales en los años setenta –tales como los recaídos en los asuntos *Texaco-Calasiatic*, *British Petroleum* o *Liamco*–, a resultas de actos de nacionalización llevados a cabo por Irán y Libia. Además, han contado con el respaldo de foros internacionales, como el Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI –ICSID en inglés–), creado en el Convenio de Washington de 1965. El CIADI tiene por objeto ofrecer medios de conciliación y arbitraje para la solución de las controversias que en materia de inversiones pudieran surgir entre Estados partes y nacionales de otros Estados partes que hayan consentido la jurisdicción del CIADI, ya sea mediante una cláusula contractual o convencional, un compromiso arbitral o, incluso, a través de su legislación interna².

Los “Contratos de Estado” no son, sin embargo, la panacea. Por una parte, tan sólo sirven para dar cobertura a determinado tipo de inversiones (tales como las dirigidas a la explotación de recursos naturales o al desarrollo de infraestructuras); por otra parte, no siempre son aceptables –en términos jurídicos y políticos– para el Estado de inversión.

A partir de los años ochenta, la práctica ha seguido otros derroteros. Nos referimos no sólo a la creación de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (AMGI -MIGA en inglés)³ sino, sobre todo, a la celebración de *Acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones* (en adelante, “APPRI”⁴) entre Estados industrializados y países en desarrollo.

El fracasado intento por lograr un tratado multilateral que permitiera superar el complejo entramado convencional de los APPRI –nos referimos a la ne-

¹. De la abundante bibliografía sobre contratos de Estado, baste recordar los trabajos ya clásicos de: R.Y. Jennings, “State Contracts in International Law”, *British Yearbook. of International Law*, nº 37, 1961, pp. 156 y ss.; G. Sacerdotti, *I contratti tra Stati e Stranieri del Diritto Internazionale*, Milán, 1970; y P. Weil, “Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier”, *Recueil de Cours*, 1969, t. 128, pp. 95 y ss.

². Para un análisis artículo por artículo del Convenio CIADI, véase la célebre obra de C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001, y, en la doctrina española, la excelente monografía de J.A. Vives Chillida, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, 1998.

³. Creada en el marco del Banco Mundial por la Convención de Washington de 11 de octubre de 1985.

⁴. BITs (“Bilateral Investment Treaties”) en inglés.

gociaciones iniciadas en 1995 bajo los auspicios de la OCDE para la celebración del célebre AMI ⁵—explica el incesante aumento en el número de APPRIIs. En la actualidad contamos con mas de dos mil, en su mayoría posteriores a 1987 ⁶.

Los APPRIIs ofrecen al inversor extranjero (también a los inversores de países en desarrollo en países industrializadas, como ha demostrado la práctica) un abanico de garantías no desdeñable a través de diversos mecanismos ⁷, siendo en general bastante similares tanto en su estructura como en sus contenidos ⁸. Recordemos que en ellos encontramos cláusulas que garantizan a las inversiones extranjeras un trato justo y equitativo, el mismo tratamiento que las inversiones nacionales (cláusula de trato nacional) y el tratamiento dispensado a las inversiones procedentes del país que goce de un tratamiento más favorable (cláusula de la nación más favorecida), además del derecho a una indemnización en caso de medidas expropiatorias—incluidas las medidas de “expropiación indirecta”—o a la libre transferencia de las rentas obtenidas.

De entre las garantías concedidas por los APPRIIs destaca la internacionalización de los mecanismos de solución de controversias y, en particular, la posibilidad para los inversores extranjeros de someter sus controversias con el Estado huésped al arbitraje internacional, incluido normalmente el arbitraje CIADI. Nótese el giro que se produce en la situación del inversor, cuya protección frente al Estado de inversión ya no va depender de la voluntad del Estado de su nacionalidad de ejercer o no la protección diplomática—recuérdese que tanto el Derecho Internacional como la mayor parte de los ordenamientos estatales configuran el ejercicio de la protección diplomática como discrecional—, no viéndose además en la necesidad de agotar los recursos internos disponibles en el Estado de inversión antes de formular una reclamación arbitral contra él ⁹.

⁵. Véase G. Sacerdoti, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des Cours*, vol. 269, 1997, pp. 251 y ss. (especialmente pp. 292 ss.). No obstante, existen tratados multilaterales que se ocupan de la protección de las inversiones como el Acuerdo de Libre Comercio con América del Norte (NAFTA) (su Capítulo XI) o la Carta de la Energía de 1997.

⁶. Una relación de más de 1100 APPRIIs se encuentra en la página web del CIADI (<http://www.worldbank.org/icsid/treaties/treaties.htm>).

⁷. Para un análisis comparado y pormenorizado de estos Acuerdos véase R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, 1995, y los informes de la UNCTAD, publicados en su *Series on issues in international investment agreements*, algunos de los cuales se citan en este trabajo.

⁸. Véase a este respecto UNCTAD, “Trends in International Investment Agreements: An Overview”, *Series on issues...*, ob. cit., 1999, pp. 44 y ss.

⁹. En relación con la protección diplomática, véase A Remiro Brotons *et al.*, *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, pp. 499 y ss.

El mecanismo de arreglo de controversias diseñado en la mayor parte de los APPRIIs analizados prevé que, transcurrido un determinado plazo durante el cual debe intentar un arreglo amistoso con el Estado huésped, el inversor pueda acudir bien a los tribunales internos de aquél bien al arbitraje internacional, configurándose ambas vías como excluyentes entre sí. Sin embargo, algunas se apartan de este modelo, comúnmente conocido como “*fork-in-the-road*”, y exigen que el inversor –salvo acuerdo en contrario entre las partes–, someta primero la controversia a los tribunales nacionales, pudiendo acudir al arbitraje internacional si, transcurridos 18 meses, no hubieran dictado sentencia o no hubieran atendido sus pretensiones.

Conviene añadir, que rubricados como Acuerdos para la *promoción y protección* de inversiones, sorprende en una primera lectura los escasos y ambiguos preceptos que se destinan a la promoción de aquéllas. Normalmente se limitan a afirmar que las partes promoverán el acceso de inversiones extranjeras y las admitirán conforme a su legislación vigente. Y es que, en realidad, la promoción de las inversiones se concibe en los APPRIIs como el resultado de la aplicación de los mecanismos de protección establecidos en ellos.

España cuenta en la actualidad con 47 APPRIIs en vigor, el primero de los cuales fue firmado en 1989 (acuerdo con Marruecos de 27 de septiembre de 1989). De ellos 16 han sido celebrados con países latinoamericanos¹⁰.

El objeto de este trabajo no es llevar a cabo un análisis global de los APRIIs ni siquiera de los celebrados por España. Nuestro propósito es estudiar el alcance de la protección que brindan a las inversiones realizadas a través de sociedades locales (nacionales del Estado huésped de la inversión) los APRIIs entre nuestro país y Latinoamérica¹¹.

Como es sabido, en la práctica son frecuentes los casos de inversiones extranjeras a través de sociedades locales, bien mediante la adquisición de una participación en una sociedad previamente existente, bien creando una nueva socie-

¹⁰ Acuerdos celebrados con Argentina (1991), Bolivia (2001), Chile (1991), Costa Rica (1997), Cuba (1994), Ecuador (1996), El Salvador (1995), Honduras (1994), México (1995), Nicaragua (1994), Panamá (1997), Paraguay (1993), Perú (1994), República Dominicana (1995), Uruguay (1992) y Venezuela (1995). España ha celebrado también un APPRI con Jamaica en 2002. Para mayor información sobre fechas de entrada en vigor, publicación en el BOE, etc, véase: http://www.mcx.es/polco/inversiones_exteriores/acuerdosinternacionales/apris/acuerdosapris.pdf, con datos actualizados a 3 de febrero de 2003.

¹¹ Para un examen de los APPRIIs celebrados por España con países latinoamericanos, véase J. Illescas, “Los tratados de protección de inversiones y su utilidad para los inversores españoles en Latinoamérica”, *Actualidad Jurídica U&M*, nº 5, 2003, pp. 83 y ss.

dad. En ocasiones esta solución viene impuesta por la legislación interna del Estado de inversión. Así, por citar un ejemplo, la Ley boliviana de electricidad limita el ejercicio de actividades en el sector de la industria eléctrica a las empresas nacionales ¹². En consecuencia, una empresa española que desee invertir en dicho país en el sector de la electricidad se encontrará con dos opciones: a) comprar una participación, más o menos amplia, de una empresa eléctrica boliviana ya existente; o b) constituir una sociedad conforme al Derecho boliviano.

Pues bien, ¿cuál es el alcance de la protección que recibe el inversor extranjero en estos casos? ¿Podrá formular una reclamación arbitral basada en el correspondiente APPRI frente a medidas de las autoridades locales dirigidas contra la sociedad local? ¿O sólo podrá actuar en este supuesto la sociedad local con fundamento en el derecho nacional y por las vías procesales previstas en él?

La situación se complica aun más en los supuestos –también frecuentes– en que la inversión en la empresa local o la constitución de la empresa local no se lleva a cabo directamente por la empresa matriz, sino por una filial, constituida en un tercer país, que actúa como mera sociedad interpuesta.

Complementariamente nos proponemos igualmente examinar algunos de los problemas con los que, al activar los mecanismos de solución de controversias previstos en los APPRI, un inversor extranjero se puede enfrentar a resultas de actuaciones previas de las sociedades locales objeto de la inversión. Pensemos en el caso de que la sociedad local reclame ante los tribunales nacionales frente a medidas de carácter expropiatorio adoptadas por los poderes públicos (sin la correspondiente indemnización) y que el APPRI en cuestión configure el recurso a los tribunales nacionales como una alternativa al arbitraje. ¿Impediría ello al inversor extranjero formular una reclamación arbitral frente al Estado huésped con fundamento en el APPRI –suponiendo que estuviéramos ante una infracción de sus disposiciones–?

Nuestro interés por analizar el conjunto de cuestiones anteriormente señaladas se debe al hecho de que buena parte de la cuantiosa inversión realizada por empresas españolas en Latinoamérica se ha canalizado a través de sociedades locales, siendo así que la profunda crisis que padecen algunos países de la región ha lleva-

¹² Ley n° 1604, de 21 de diciembre de 1994; su art. 10 dispone que: “*Para realizar actividades de la industria Eléctrica, las empresas extranjeras deberán conformar subsidiarias, mediante la constitución en Bolivia de una sociedad anónima, de conformidad a las disposiciones del Código de Comercio. Se exceptúan de la aplicación del presente artículo las sucursales de empresas extranjeras existentes que sean titulares de una concesión otorgada por la Dirección Nacional de Electricidad, con anterioridad a la promulgación de la presente Ley*”; véase <http://www.solobolivia.com/politica/leyes/ley1604.shtml>.

do a sus autoridades a adoptar medidas que pudieran ser configuradas como contrarias a los APPRIIs celebrados con España (u otros países industrializados) ¹³. Esta circunstancia también nos ha conducido a circunscribir nuestro estudio al ámbito de los APPRIIs celebrados por España con países latinoamericanos ¹⁴.

II. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN OTORGADA POR LOS APPRIIs A LAS INVERSIONES REALIZADAS A TRAVÉS DE SOCIEDADES LOCALES

1. Consideraciones generales sobre el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de los APPRIIs

Al igual que la generalidad de los APPRIIs, los celebrados por España con países latinoamericanos incorporan un primer artículo de definiciones que incluye los conceptos de inversor e inversión, conformando así su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo. Veámoslo algo más detenidamente.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo, todos los acuerdos incluyen en la definición de inversor a personas físicas y jurídicas. Respecto de las primeras, encontramos cuatro modelos de acuerdo: (i) los que exigen que tengan la nacionalidad del Estado de inversión ¹⁵; (ii) los que se contentan con que sean re-

¹³. Sirvan de ejemplo las medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno argentino a lo largo del 2002 ante su profunda crisis social y económica. En relación con ellas, véase H. Mairal, "Argentina, el Derecho en los tiempos de cólera", *Actualidad Jurídica U&M*, n° 3, 2002, pp. 9 y ss., y E. Rodríguez-Rovira y J. Illescas, "Apunte sobre la posible incidencia de las medidas de emergencia argentinas en las obligaciones sometidas a Derecho español", *id.*, n° 2, 2002, pp. 113 y ss.

¹⁴. Quizás resulte ilustrativo recordar que desde 1996 se han sometido al arbitraje internacional CIADI al menos quince controversias entre países latinoamericanos e inversores extranjeros, no habiéndose registrado antes de ese año ningún arbitraje –en el ámbito CIADI– en que dichos países fueran parte: *Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica* (as. CIADI ARB/96/1); *Fedax v. Venezuela* (CIADI ARB/96/3); *Metalclad Corporation v. México* (CIADI ARB/97/1); *Compañía de Aguas del Aconquija v. Argentina* (CIADI ARB/97/3); *Lanco International v. Argentina* (CIADI ARB/97/6); *Waste Management v. México* (CIADI ARB/98/2); *Houston Industries Energy v. Argentina* (CIADI ARB/98/1); *Eudoro A. Olguín v. Paraguay* (CIADI ARB/98/5); *Compagnie Minière Internationale Or v. Perú* (CIADI ARB/98/6); *Marvin Roy Feldman Karp v. México* (CIADI ARB (AF)99/1); *Mobil Argentina S.A. v. Argentina* (CIADI ARB/99/1); *Empresa Nacional de Electricidad v. Argentina* (CIADI ARB/99/4); *Astaldi S.p.A. & Columbus Latinoamericana de Construcciones v. Honduras* (CIADI ARB/99/8); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. México* (CIADI ARB (AF)/00/2); y *GRAD Associates v. Venezuela* (CIADI ARB/00/3).

Véase <http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm>.

¹⁵. Son los Acuerdos con Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, México, Panamá y Venezuela.

sidentes en dicho Estado ¹⁶; (iii) los que incluyen ambos requisitos ¹⁷, decantándose así por el criterio de la nacionalidad efectiva al que aludiera la CIJ en su sentencia de 1955 en el asunto *Nottebohm* ¹⁸; y (iv) los que, jugando con los criterios de nacionalidad y residencia, establecen una exigencia distinta respecto de los nacionales de cada uno de los Estados partes ¹⁹.

En cuanto a las personas jurídicas, los criterios utilizados en todos los acuerdos son básicamente los mismos. Partiendo de una definición amplia de persona jurídica (“incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones”, dice, por ejemplo, el artículo 1.1.b) del Acuerdo con Bolivia), se requiere que estén constituidas “o debidamente organizadas” ²⁰ conforme al derecho de una de las partes, añadiéndose en la mayoría de los casos la exigencia de que tengan su sede o domicilio social en el territorio de esa misma parte ²¹.

En definitiva, los APPRIs analizados exigen que el inversor-persona jurídica ostente la nacionalidad de la otra parte, decantándose por una concepción formal de nacionalidad, en línea con la sentencia de la CIJ de 1970 en el asunto de la *Barcelona Traction* ²².

Hay sin embargo dos Acuerdos que introducen variantes dignas de mención. En primer lugar, el Acuerdo con Perú añade al requisito de que las personas jurídicas estén constituidas “o debidamente organizadas” conforme al Derecho de una de las partes que “*estén controladas efectivamente en el territorio de esa misma Parte Contratante*” (artículo 1.1.b). Ha de entenderse que para alcanzar la consideración de inversor deben reunirse ambos requisitos. Se trataría, en definitiva, de no permitir que un inversor nacional proceda —a través de la creación de una sociedad conforme a la legislación de la otra parte contratante— a su conversión formal en inversor extranjero, y así poder obtener la protección del APPRI, incluida la posibilidad de acudir al arbitraje

¹⁶. Acuerdo con la República Dominicana.

¹⁷. Acuerdo con Argentina.

¹⁸. Sentencia de 18 de noviembre de 1953, *ICJ Reports* 1953, pp. 111 y ss.

¹⁹. Los Acuerdos con Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

²⁰. Sólo los APPRIs con Argentina y Honduras omiten las palabras “o debidamente organizadas”.

²¹. Los únicos Acuerdos que no incluyen una referencia a la sede son los celebrados con El Salvador, Panamá, Perú y Venezuela.

En un informe de la UNCTAD relativo al ámbito de aplicación de los APPRIs se señala que “*Generally speaking, ‘seat of a company’ connotes the place where effective management takes place*”; UNCTAD, “Scope and Definition”, *Series on issues...*, cit., 1999, p. 39; véase también R. Dolzer y M. Stevens, ob. cit., p. 35.

²². Sentencia de 5 de Febrero de 1970, *ICJ Reports* 1970, pp. 4 y ss.

internacional en caso de controversia con su propio Estado. Así, pues, el APPRI se inclina por configurar el elemento internacional de la inversión no en un sentido formal, sino sustancial.

El Acuerdo con Venezuela se decanta también por un criterio material (el control efectivo) pero, a diferencia del APPRI con Perú, no para limitar el ámbito de aplicación del APPRI sino, muy al contrario, para extenderlo. En él se identifica con el concepto de inversor no sólo a las personas jurídicas constituidas o debidamente organizadas según el derecho de la parte considerada sino igualmente a "*las que están constituidas en una de las Partes Contratantes y estén efectivamente controladas por inversores de la otra Parte Contratante*" (artículo 1.1.b). Analizaremos más tarde esta disposición.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación de los APPRIs, es decir, al concepto de *inversión*, todos los Acuerdos analizados incorporan una definición muy amplia que se articula a partir de una referencia genérica a "*todo tipo de haberes*", "*todo tipo de activos*", a la que sigue una relación de supuestos que ha de entenderse meramente ejemplificativa, de acuerdo con lo expresamente establecido también en todos ellos ("*en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: ...*"). La relación no es idéntica en los distintos acuerdos, si bien la mayoría de ellos incorporan referencias a: acciones y otras formas de participación en sociedades; derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; bienes muebles e inmuebles, así como derechos reales; todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual; derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con los recursos naturales. Debido al carácter meramente ejemplificativo de la relación, no parece relevante la incorporación de más o menos supuestos en los distintos acuerdos, entre los que las diferencias son mínimas.

El análisis de los preceptos que delimitan su ámbito subjetivo y objetivo pone de manifiesto que la finalidad de los APPRIs es en principio facilitar y, sobre todo, proteger cualquier tipo de inversión *directa* realizada por *nacionales* (con las salvedades reseñadas respecto de las personas físicas) de una parte en el territorio de la otra parte. Pero como ya vimos, en la práctica las compañías no siempre realizan inversiones directas sino que, a menudo, invierten a través de sociedades locales o mediante sociedades interpuestas, combinándose ambos elementos en muchos supuestos.

Respecto de los supuestos de inversión a través de sociedades locales, no cabe duda de que, en atención a la definición de inversión que incluyen, todos

los APPRIs protegen al inversor extranjero en tanto que accionista de aquéllas. Esta protección abarca el ejercicio de los derechos sociales, el derecho al dividendo o, en caso de expropiación de las acciones, el derecho a una indemnización por el importe equivalente a su valor. Pero, ¿cabe entender asimismo que la protección alcanza igualmente a la sociedad local? Pensemos en un supuesto de incumplimiento de un contrato de concesión celebrado por la sociedad local con el Estado huésped que pudiera reputarse como contrario a la exigencia de trato justo y equitativo contenida en el APPRI correspondiente o en la adopción por las autoridades locales de medidas discriminatorias contra aquélla.

Algunos APPRIs —como el celebrado con Venezuela, al que antes aludimos— contienen disposiciones que permiten ofrecer una respuesta afirmativa, como veremos en el siguiente epígrafe. Sin embargo, la mayoría de los APPRIs analizados guardan completo silencio a este respecto. A ellos dedicaremos otro epígrafe posterior.

2. APPRIs que incluyen expresamente a las sociedades locales dentro de su ámbito de aplicación

Como ya hemos visto, el artículo 1.1.b) del APPRI con Venezuela incluye dentro del concepto de inversor a las sociedades “*constituidas en una de las Partes contratantes y [que] estén efectivamente controladas por inversores de la otra Parte Contratante*”. Se trata sin embargo del único APPRI analizado que, superando el requisito de la nacionalidad, extiende su ámbito de aplicación subjetivo a las sociedades locales tomando como criterio al efecto su “control efectivo” por inversores que sean nacionales de la otra parte.

Sin embargo, cuatro de los APPRIs celebrados por España con América Latina incorporan en la definición de inversión —ámbito objetivo— a las sociedades locales efectivamente controladas por inversores de la otra parte. Se trata de los Acuerdos Bolivia²³, Costa Rica, México y Panamá²⁴.

²³. Art. 1.2 del Acuerdo con Bolivia: “...*las inversiones realizadas en el territorio de una Parte contratante por una sociedad de esa misma parte contratante pero que sea propiedad o esté efectivamente controlada por inversores de la otra Parte contratante se considerarán igualmente inversiones realizadas por estos últimos inversores siempre que se hayan efectuado conforme a las disposiciones legales de la primera parte contratante...*”.

²⁴. Arts. 1.2 de los Acuerdos con México, Costa Rica y Panamá: “...*igualmente se considerarán inversiones las realizadas en el territorio de una Parte Contratante por empresas de esa misma Parte Contratante que están efectivamente controladas por inversores de la otra Parte Contratante*”.

Así pues, no cabe duda de que todos los APPRIs mencionados extienden su protección a las sociedades locales controladas por inversores de la otra parte²⁵; además, en todos ellos, con excepción del Acuerdo con México, se amplía la protección del inversor extranjero frente a cualquier medida de expropiación de activos de una sociedad local en la que participe un inversor extranjero —sin exigir que tenga su control—²⁶.

En el caso del APPRI con Venezuela, al incluirse a las sociedades locales en la definición de inversor, cabría incluso entender que se les reconoce *ius standi* para formular por sí mismas una reclamación arbitral frente al Estado huésped en caso de violación del acuerdo. Es ésta una cuestión compleja sobre la que la jurisprudencia arbitral ofrece alguna indicación, como más tarde veremos²⁷.

Ahora bien, ninguno de los APPRIs antes mencionados ofrece una definición de lo que deba entenderse por “control efectivo”; no obstante, el Acuerdo con Costa Rica señala a este respecto en su artículo 1.2 que “*para mayor certeza, se considerará que una empresa de una Parte está efectivamente controlada por inversores de la otra Parte Contratante cuando estos últimos tengan la facultad de designar a la mayoría de sus directores o de dirigir legalmente de otro modo sus operaciones*”. Con carácter general, debe entenderse que una persona jurídica está controlada por otra si esta última tiene la facultad de nombrar a la mayoría de sus administradores o tiene capacidad para dirigirla de otra forma²⁸.

²⁵. A mayor abundamiento, el Apéndice del APPRI con México, sobre solución de controversias entre una parte e inversores de la otra parte, precisa (con un lenguaje poco riguroso) que el inversor puede presentar reclamaciones contra el Estado huésped no sólo por cuenta propia sino también “*en representación de una empresa de su propiedad o bajo su control...*” (véase puntos 2 y ss. de su Título II).

²⁶. Así se desprende, a nuestro entender, de su tenor literal: el art. 5.3 del Acuerdo con Venezuela dispone que “*Si una Parte Contratante toma alguna de las medidas referidas en los párrafos anteriores de este artículo [medidas de expropiación] en relación con los activos de una empresa constituida de acuerdo con la ley vigente en cualquier parte de su territorio, en la cual exista participación de inversores de la otra Parte Contratante, garantizará a éstos una compensación pronta, adecuada y efectiva ...*”; en términos similares se expresan los arts. 6.5 del Acuerdo con Bolivia, 5.5. del Acuerdo con Costa Rica y 6.5 del Acuerdo con Panamá.

²⁷. Véase *infra* epígrafe III.

En el caso de los APPRIs con Bolivia, Costa Rica, México y Panamá, una reclamación *ex APPRI* por la sociedad local carecería de todo fundamento; el Acuerdo con México lo excluye de manera expresa en el punto 3 del Título II de su Apéndice (sobre solución de controversias entre una parte contratante y un inversor de la otra parte)

²⁸. En este sentido, véase el art. XXVIII.n) del Acuerdo General de Comercio de Servicios (GATS).

La inclusión del criterio del control efectivo de la sociedad en todos los acuerdos citados tiene asimismo la virtualidad de extender la protección de dichos APPRIs a las inversiones de los nacionales de una parte en sociedades locales de la otra parte a través de sociedades interpuestas²⁹. ¿Acaso una sociedad venezolana efectivamente controlada por una filial de una sociedad española constituida, por ejemplo, en Canadá y con sede en este país no es objeto a la postre de control efectivo por la sociedad matriz española? Cosa distinta en este supuesto es si cabe que la reclamación frente una eventual infracción de las disposiciones del APPRI de la que sea víctima la sociedad local se formule no sólo por la sociedad matriz sino igualmente por la filial, al amparo del APPRI Venezuela-Canadá de 1996 (cuyas disposiciones sustantivas no difieren en lo esencial del APPRI con España). Los laudos de los Tribunales arbitrales UNCITRAL en los asuntos *Lauder v. República Checa* y *CME v. República Checa* admiten tal posibilidad³⁰.

Antes de concluir este epígrafe, debemos igualmente hacer mención a los APPRIs con Cuba y con El Salvador. Estos acuerdos no incluyen a las sociedades locales en la definición de inversión, pero extienden (de manera expresa) el ámbito de aplicación de algunos de sus preceptos en favor de aquéllas. Así, el artículo 4.1 del Acuerdo con Cuba dispone que *"Igualmente se otorgará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas en el territorio de una parte contratante por empresas o sociedades en las que participen inversionistas de la otra parte contratante"*. Por su parte, el artículo 5.3 del Acuerdo con El Salvador afirma en relación con los supuestos de expropiación directa o indirecta que *"si una Parte Contratante toma alguna de las medidas referidas en los párrafos anteriores de este artículo, en relación con los activos de una empresa constituida de acuerdo con la ley vigente en cualquier parte de su territorio, en la cual existe participación de inversores de la otra Parte Contratante, debe asegurar que las disposiciones recogidas en los párrafos anteriores de este artículo se apliquen de manera que se garantice el pago a dichos inversores de una indemnización pronta, adecuada y efectiva"*.

Esta última cláusula también aparece en las APRIIs con Bolivia, Costa Rica, Panamá y Venezuela. Examinaremos estos últimos preceptos en el epígrafe que sigue.

²⁹. El Acuerdo con México hace expresamente referencia a los supuestos de control indirecto de la sociedad local; en efecto, el punto 4 del Título de su Apéndice, sobre arreglo de controversias entre una parte y los inversores de otra parte, dispone que *"El inversor de una Parte Contratante podrá, por cuenta propia o en representación de una empresa de su propiedad o bajo su control directo o indirecto, someter una reclamación a arbitraje..."*.

³⁰. Véase el análisis que estos laudos se ofrece *infra* en el epígrafe III de este trabajo.

3. *¿Quid de los APPRIs que guardan silencio sobre las sociedades locales?*

3.1. *Sociedades locales controladas por inversores extranjeros*

¿Cuál es la protección otorgada en los supuestos de inversión a través de sociedades locales cuando un APPRI no incluye a éstas en la definición de inversión ni en su ámbito de aplicación subjetivo?

Es evidente que en este supuesto se abren dos posibilidades de interpretación del tratado. Conforme a una interpretación restrictiva el inversor estaría protegido exclusivamente como accionista³¹. Sin embargo, cabe defender, como veremos, una interpretación amplia, conforme a la cual, a pesar del silencio del APPRI, las sociedades locales entran igualmente dentro del concepto de inversión cuando son objeto de control efectivo por inversores de la otra parte.

Esta posible dualidad en la interpretación de los APPRIs es admitida por Sacerdoti:

*“Another more weighty question is whether companies organized under the law of one of the parties, owned or controlled by nationals of the other, are to be considered as investments under the treaty. If so, they would enjoy its protection, whereas if the investment consists only in the ownership by the foreign investor in their capital stock, the latter would be protected only insofar as the specific rights pertaining thereto were mistreated in violation of the treaty”*³²

Sin embargo, este autor no se decanta claramente por ninguna de las dos interpretaciones, afirmando que se trata de una cuestión abierta en el orden internacional:

*“The question is open in general international law as to what kind of deprivations of rights or discrimination against a foreign-owned company affects the shareholders in such a way as to prejudice their rights [.../...] In any case this uncertain situation warrants more specific provisions in BITs [APPRIs], as well as multilateral efforts aimed at avoiding discrimination against such companies”*³³.

³¹. Véase *supra* epígrafe 1.

³². G. Sacerdoti, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments...”, ob. cit., pp. 310-311.

³³. *Ibid.*, p. 311.

La jurisprudencia arbitral que trae causa de controversias surgidas en el marco de APPRI, es a nuestro parecer bastante clarificadora, consolidando una interpretación amplia de los acuerdos. Así, en primer lugar, el laudo de 21 de febrero de 1997 pronunciado por un Tribunal arbitral CIADI en el asunto *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) v. Zaire* parece acoger la interpretación amplia que propugnamos.

La empresa estadounidense AMT invierte en Zaire a través de SINZA, compañía constituida conforme al ordenamiento de este último Estado. En 1991 algunos miembros de las fuerzas armadas de Zaire causan daños en las propiedades de SINZA y AMT decide presentar una reclamación basada en el APPRI Estados Unidos-Zaire. Pues bien, en el citado laudo el Tribunal arbitral admite la aplicabilidad del APPRI –y, por ende, su jurisdicción– sobre la base del siguiente razonamiento:

“5.11. [...] In fact, Zaire itself recognizes in its Reply [...] that AMT ‘invested by participating in the capital of SINZA’. But at the same time, Zaire contends that the fact that AMT participated in the capital even at one hundred per cent (100 %) to form a Zairian company, SINZA, does not confer upon AMT any power to act in the place and instead of SINZA.

5.12. This reasoning has not convinced the Tribunal. For the Tribunal, the Zaire-United States Treaty concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (BIT) states, in its preamble, that ‘The two States parties, desiring to promote greater economic cooperation between themselves’, particularly ‘with respect to investment by nationals and companies of each Party in the territory of the other Party’.

5.13. And in Article I on definitions, it is provided in paragraph (a) that ‘Company means any kind of juridical entity, including any corporation, company, association, or other organization, that is duly incorporated, constituted, or otherwise duly organized, regardless whether or not the entity is organized for pecuniary gain, privately or governmentally owned, or organized with limited or unlimited liability’.

5.14 In paragraph (c) of the same Article I, the authors of the Treaty have made it even more abundantly clear when they define the term ‘investment’. In effect, it is provided that the term ‘investment’ means every kind of investment, owned or controlled directly or indirectly,

including equity, debt, and service and investment contracts; and includes: ... ii) A company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof'.

5.15 It is uncontested that SINZA belongs to AMT 94 per cent and that AMT, formed in the United States of America with 55 per cent of its shares owned by United States citizens, is controlled by the Americans, and hence is a U.S. company. Thus, SINZA should be considered in terms of the perfectly clear provisions of the Treaty as an investment of AMT. [...]”³⁴.

En síntesis, el Tribunal arbitral se pronuncia en favor de una interpretación amplia del APPRI. Bien es cierto que la redacción de su artículo I (“*every kind of investment, owned or controlled directly or indirectly...*” y “*includes: ... ii) A company...*”) resultaba más expresiva y clarificadora que la que habitualmente ofrecen los APPRI celebrados por España con los países de América Latina.

Por su parte, el laudo pronunciado por otro Tribunal arbitral CIADI el 29 de abril de 1999 en el asunto *Tradex Hellas v. Albania* representa tal vez un precedente de signo contrario. Refiriéndose a un supuesto de expropiación de determinados derechos de uso de tierras de cultivo de los que era titular una *Joint Venture* constituida conforme al derecho albanés en la que participaba la sociedad griega Tradex, el Tribunal descartó que las inversiones de la *Joint Venture* pudieran ser consideradas como inversión extranjera³⁵. Ahora bien, no debe olvidarse que el Tribunal sostuvo igualmente que:

“[...] such an expropriation of a right of a Joint Venture could affect the value of Tradex’ share in the Joint Venture and such a share clearly is a ‘foreign investment’ [...]. Therefore, the Tribunal will have to examine whether Albania expropriated the Joint Venture’s right to use the land and thereby indirectly expropriated part of Tradex’ share in the Joint Venture”³⁶.

¿Se trata realmente de la interpretación restrictiva a la que aludíamos al comienzo de este epígrafe? Téngase en cuenta que la presunta expropiación

³⁴. As. CIADI ARB/93/1; texto reproducido en *International Legal Materials*, vol. 36, 1997, pp. 1531 y ss.

³⁵. As. CIADI ARB/94/2, párr. 103 del laudo; texto reproducido en *ICSID Review*, vol. 14, 1999, pp. 197 y ss.

³⁶. Párr. 128 del laudo.

tenía por objeto un activo de la sociedad local y no derechos de Tradex en tanto que accionista. Por lo demás, no debe olvidarse que en este asunto el fundamento de la competencia del Tribunal arbitral (así como el derecho aplicable) era la Ley albanesa de inversiones extranjeras, no resultando de aplicación APPRI alguno.

El laudo del Tribunal arbitral UNCITRAL de 13 de septiembre de 2001 en el asunto *CME v. República Checa* merece también ser objeto de algún comentario. La sociedad holandesa CME formuló una reclamación al amparo del APPRI Países Bajos-Chequia por los daños causados por actos de las autoridades públicas a la compañía local de servicios de televisión CNTS, de la que CME ostentaba el 99% de las acciones. Pues bien, a pesar de que la definición de inversión era similar a la de los APPRI españoles considerados, el Tribunal afirmó su jurisdicción, llegando más lejos que el laudo *Tradex c. Albania*. En efecto, aunque los actos de las autoridades checas no habían afectado directamente a los derechos de CME como accionista, el Tribunal admitió no sólo que “*the dispute to be defined as an investment dispute under Article 8 of the Treaty does not necessarily relate to the shares themselves, but to the value of the shares*” sino que, además, concluyó que Chequia había infringido diversas obligaciones asumidas en virtud del APPRI (entre otras, las obligaciones de indemnizar en caso de expropiación, de dispensar al inversor extranjero de un trato justo y equitativo y de no adoptar frente a él medidas discriminatorias)³⁷.

También el laudo arbitral CIADI de 2 de septiembre de 1998 en el Asunto *Antoine Goetz et Consorts c. République du Burundi* resulta de gran interés³⁸. A. Goetz y cinco accionistas más, todos de nacionalidad belga, realizaron una inversión en Burundi a través de la sociedad local AFFIMET, de la cual Goetz era el accionista mayoritario. Ante la decisión del Gobierno de Burundi de revocar el certificado de empresa franca a AFFIMET, deciden interponer demanda contra Burundi por violación del APPRI celebrado con la Unión belga-luxemburguesa, en concreto el precepto que se refiere a las medidas expropiadoras o de efectos similares. Frente a la alegación de Burundi relativa a falta de *ius standi* de los accionistas belgas, el Tribunal responde:

“La jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l’étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les

³⁷ Véanse párr. 392 y 591-614; laudo no publicado.

³⁸ As. CIADI ARB/95/3; laudo disponible en www.worldbank.org/icsid

*véritables investisseurs [...] Ce qui est vrai d'un investisseur étranger personne morale possédant le contrôle d'une société de droit local doit l'être d'un investisseur étranger personne physique possédant le contrôle d'une société de droit local [...]*³⁹.

Admitido su *ius standi*, el Tribunal entra en el fondo del asunto y, constatando la violación del APPRI, condena a Burundi bien al pago de una indemnización o al restablecimiento de la condición de empresa franca a AFFIMET. Así, el conjunto de los accionistas que poseían el control efectivo de la sociedad local fueron reconocidos como beneficiarios de la protección del APPRI por los daños causados a la sociedad local.

La tesis que defendemos también se encuentra recogida, al menos de manera implícita, en otros laudos arbitrales, en cuyo análisis no entraremos por razones de espacio. Se trata entre otros, de los laudos CIADI de 21 de junio de 1990 en el asunto *AAPL c. Sri Lanka*⁴⁰ y de 25 de enero de 2000 en el asunto *Maffezini c. España*⁴¹, así como de la Decisión de anulación del laudo en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A., y Compagnie Générale des Eaux v. República Argentina* dictado⁴² por el Comité *ad hoc* de anulación CIADI de 18 de junio de 2002⁴³.

Además de la jurisprudencia arbitral referida, resulta de interés la jurisprudencia de la CIJ relativa a la protección diplomática de los accionistas de una sociedad por el Estado de la nacionalidad de aquéllos, si bien no debemos olvidar que en el caso de los APPRIs la reclamación se formula por el propio inversor extranjero con arreglo a las disposiciones que en ellos se contienen en materia de arreglo de controversias.

Como es bien sabido, en su sentencia de 1970 en el asunto de la *Barcelona Traction* la Corte declaró inadmisibile la demanda, pues consideró que el derecho a ejercer la protección diplomática de una sociedad corresponde — como regla general— al Estado bajo cuyas leyes la sociedad se ha constituido y en el que tiene su sede. Sin embargo, no sólo admitió la protección diplomática

³⁹. Párr. 89 del laudo, (énfasis añadido).

⁴⁰. As. CIADI ARB/87/3; reproducido en *Internacional Legal Materials*, vol. 30, pp. 577 y ss.

⁴¹. As. CIADI ARB/97/7, disponible en www.worldbank.org/icsid.

⁴². Laudo de 1 de noviembre de 2000, as. CIADI ARB/97/3; reproducido en *International Legal Materials*, vol. 40, 2001, pp. 426 y ss.

⁴³. Reproducida en *International Legal Materials*, vol. 41, 2002, pp. 1135 y ss. (véase párr. 50 de la Decisión).

de los accionistas por el Estado de su nacionalidad en los dos supuestos por todos conocidos (cuando la sociedad ha dejado de existir y cuando el comportamiento ilícito del Estado lesione derechos propios de los accionistas, distintos a los derechos de la sociedad, tales como el derecho a voto, etc.)⁴⁴ sino que, además, no descartó su posible ejercicio por el Estado de la nacionalidad de los accionistas –sin entrar en la cuestión del control efectivo de la sociedad– cuando el Estado reclamado fuera el Estado de la nacionalidad de la sociedad (en el asunto *Barcelona Traction*, el Estado reclamado, el Estado de la nacionalidad de la sociedad y el Estado de la nacionalidad de los accionistas eran distintos –España, Canadá y Bélgica, respectivamente–). En efecto, la Corte señaló que:

*“Since the general rule on the subject does not entitle the Belgian Government to put forward a claim in this case, the question remains to be considered whether nonetheless, as the Belgian Government has contended during the proceedings, considerations of equity do not require that it be held to possess a right of protection. It is quite true that it has been maintained that, for reasons of equity, a State should be able, in certain cases, to take up the protection of its nationals, shareholders in a company which has been the victim of a violation of international law. Thus a theory has been developed to the effect that the State of the shareholders has a right of diplomatic protection when the State whose responsibility is invoked is the national State of the company. Whatever the validity of this theory may be, it is certainly not applicable to the present case, since Spain is not the national State of Barcelona Traction”*⁴⁵.

En realidad, el Tribunal de la Haya se hacía eco de una corriente doctrinal iniciada en el periodo de entreguerras, que defendía la protección del accionista frente al Estado cuya nacionalidad ostenta la sociedad⁴⁶. Dicha tendencia

⁴⁴ Párr. 42, 52-53 y 64-65 de la sentencia, antes cit. . En el análisis de la segunda excepción, la Corte puso de relieve que la lesión de los intereses de los accionistas como consecuencia de la lesión de derechos de la sociedad no legitima al Estado de la nacionalidad de aquéllos a formular reclamación.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 92.

⁴⁶ Véase Ch. De Visscher, “De la protection diplomatique des actionnaires d’une société contre l’Etat sous la législation duquel cette société s’est constituée”, *Revue de Droit international et de Législation Comparée*, 1934, pp. 634 y ss. (especialmente pp. 625 y 626); E. Beckett, “Diplomatic Claims in respect of injuries to companies”, en *Transaction in the Grotius Society*, 1931, pp. 174 y ss.; y J. MERVYN, “Claims of behalf of nationals who are shareholders in foreign companies”, *British Yearbook of International Law*, 1949, pp. 225 y ss.

encontraba su fundamento tanto en motivos de equidad, como en la necesidad de impulsar las inversiones en el extranjero y en la jurisprudencia arbitral precedente –asuntos *Ruden y Compañía*⁴⁷, *Delagoa Bay Company*⁴⁸ y, sobre todo, *El Triunfo*⁴⁹– que había admitido tal protección⁵⁰.

La tesis expuesta por la CIJ en el párrafo transcrito fue expresamente acogida en las opiniones individuales de los jueces Fitzmaurice⁵¹ y Jessup⁵². En el mismo sentido se había manifestado antes el Juez Koo⁵³.

⁴⁷ En el asunto *Ruden y Compañía* (Comisión Reclamaciones Mixta de Lima, laudo de 26 de febrero de 1870), los árbitros reconocieron el derecho a una indemnización en favor del socio norteamericano de una sociedad peruana; bien es cierto que la Comisión arbitral actuaba en virtud de un Convenio de reclamaciones entre los EEUU y el Perú. Véase Lapradelle y Politis, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, t. II, París, 1957, pp. 589 y ss.

⁴⁸ El asunto *Delagoa* (sentencia arbitral de 29 de marzo de 1900) tenía por objeto una concesión otorgada por el Gobierno portugués al súbdito norteamericano Mac Murdo para la construcción y explotación de un ferrocarril en Mozambique, concesión que fue posteriormente revocada por aquel Gobierno. Mac Murdo había transferido sus derechos de construcción y explotación a una sociedad portuguesa a cambio de un gran número de acciones, cediendo posteriormente estas acciones a una sociedad inglesa de la que pasó a ser accionista. Si bien las reclamaciones de EEUU y Gran Bretaña fueron en principio rechazadas por el Gobierno portugués, éste acabó finalmente firmando un Protocolo de arbitraje al objeto de fijar la cuantía de las indemnizaciones. Véase H. La Fontaine, *Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berna, 1902, p. 398 y ss.

⁴⁹ En el asunto *El Triunfo* (sentencia arbitral de 8 de mayo de 1902) EEUU interpuso reclamación contra la República de El Salvador por los daños causados a una sociedad salvadoreña, de la que eran accionistas súbditos norteamericanos, a consecuencia del cierre del puerto de *El Triunfo*. Los árbitros no se detuvieron a examinar la legitimación activa del Estado reclamante, sino que la dieron por sentada sin otra base que el antecedente del caso *Delagoa*. No obstante, en el presente caso se había atentado no sólo contra la sociedad, sino contra los propios derechos de los accionistas. Véase *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XV, pp. 467 y ss.

⁵⁰ Así lo manifiesta A. Miaja de la Muela, “La cuestión del *ius standi* del Gobierno Belga en la sentencia de 5 de febrero de 1970”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1970-2, pp. 307 y ss. (en p. 312). Téngase sin embargo en cuenta que junto a los precedentes arbitrales favorables a admitir el ejercicio de la protección diplomática por el Estado del accionista, a los que hemos aludido anteriormente, existen casos en los que la jurisprudencia arbitral alcanzó una solución contraria. Suele citarse como ejemplo más significativo el caso *Kunhardt* (Comisión de reclamaciones EEUU-Venezuela, decisión de 1903); véase: *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, pp. 172 y ss.

⁵¹ *ICJ Reports* 1970, Opinión individual del Juez Fitzmaurice, pp. 72 y ss.

⁵² *ICJ Reports* 1970, Opinión individual del Juez Jessup, p. 191.

⁵³ Opinión individual del juez Koo a la sentencia de la CIJ de 24 de julio de 1964 en el asunto *Barcelona Traction* (excepciones preliminares), *ICJ Reports* 1964, p. 58.

La sentencia de 1989 en el asunto *Elettronica Sicula S.p.A.*, a propósito de la invocación por Estados Unidos del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Italia de 1948 por supuestos daños irrogados por este país a dos sociedades estadounidenses que controlaban al 100 % una sociedad italiana, tiene mayor interés a nuestros efectos pues presenta dos elementos en común con el supuesto que nos ocupa ⁵⁴. En primer, *Electrónica Sicula* es un caso de relación bilateral –frente a la relación triangular que se daba en la *Barcelona Traction*–, siendo así que el Estado de la nacionalidad de la sociedad y el Estado demandado coinciden. Y, en segundo lugar, la reclamación se basa en la violación de determinadas disposiciones del Tratado bilateral de 1948 relativas a la protección de las inversiones de los nacionales de una parte en el territorio de la otra parte similares a las contenidas en nuestros APPRIIs.

Vives Chillida ha señalado, con razón, que de la lectura de la sentencia no cabe concluir que se produjera un cambio en relación con la jurisprudencia anterior de la Corte ⁵⁵. Sin embargo, frente a la objeción planteada por Italia de que el Tratado bilateral (su artículo V.1, relativo a los supuestos de expropiación) protegía los bienes de sociedades estadounidenses en Italia pero no una sociedad italiana participada por nacionales de los Estados Unidos, la Corte señaló que:

“While there may be doubts whether the word ‘property’ in Article V, paragraph 1, extends, in the case of shareholders, beyond the shares themselves, to the company or its assets, the Chamber will nevertheless examine the matter on this basis argued by the United States that the ‘property’ to be protected under this provision of the FCN Treaty was not the plant and equipment the subject of the requisition, but the entity of ELSI itself” ⁵⁶.

Más aun, la Corte precisa luego en su sentencia que:

“The argument that there was a ‘taking’ involving transfer of title gives rise to a number of difficulties. Even assuming, though without deciding, that ‘espropriazione’ might be wide enough to include not only formal and open expropriation, but also a disguised expropriation, there would still be a question whether the paragraph can be extended to include even a “taking” of an Italian corporation in Italy, of which,

⁵⁴. Sentencia de 20 de julio de 1989, *ICJ Reports 1989*, pp. 15 ss.

⁵⁵. J.A. Vives Chillida, “Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación en la sentencia *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (EEUU c. Italia), *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992-1, pp. 7 y ss. (en p. 22).

⁵⁶. Párr. 105.

strictly speaking, Raytheon and Machlett only held the shares. This, however, is where account must also be taken of the first paragraph of the Protocol appended to the FCN Treaty, which provides:

'1. The provisions of paragraph 2 of Article V, providing for the payment of compensation, shall extend to interests held directly or indirectly [...] by nationals, corporations and associations of either High Contracting Party in property which is taken within the territories of the other High Contracting Party'.

*The English text of this provision suggests that it was designed precisely to resolve the doubts just described. The interests of shareholders in the assets of a company, and in their residuary value on liquidation, would appear to fall in the category of the 'interests' to be protected by Article V, paragraph 2, and the Protocol. [...]"*⁵⁷.

Ahora bien, la Corte deja finalmente abierta la cuestión. En efecto, tras recordar la tesis del Gobierno italiano, conforme a la cual la regla del artículo 33.4 de la Convención de Viena de 1969 relativa a la interpretación de tratados autenticados en más de una lengua exigía atenerse a la versión italiana del protocolo que no habla de "intereses" sino que emplea el término más restrictivo "diritti", la CIJ señala que:

*"In the view of the Chamber, however, neither this question of interpretation of the two texts of the Protocol, nor the question raised as to the possibilities of disguised expropriation or of a 'taking' amounting ultimately to expropriation, have to be resolved in the present case, because it is simply not possible to say that the ultimate result was the consequence of the acts or omissions of the Italian authorities, yet at the same time to ignore the most important factor, namely ELSI's financial situation, and the consequent decision of its shareholders to close the plant and put an end to the company's activities"*⁵⁸.

No obstante, la tesis de que la inversión protegida era la compañía italiana propiedad de nacionales estadounidenses fue expresamente acogida por el juez Schewel en su opinión individual⁵⁹ —bien es cierto que, por el contrario, fue rechazada por el juez Oda⁶⁰— y, sobre todo, es compartida por una buena

⁵⁷. Párr. 118.

⁵⁸. Párr. 119.

⁵⁹. *ICJ Reports 1989*, pp. 94-121, (especialmente p. 100).

⁶⁰. *Ibid.*, pp. 83-93 (especialmente p. 84).

parte de la doctrina⁶¹. Se podría llegar incluso a sostener que la identificación de los accionistas con la sociedad en el tratamiento de fondo de la sentencia de 20 de julio de 1989 puede servir como argumento a favor de una admisión implícita del criterio del control de la sociedad a los efectos del ejercicio del derecho de protección diplomática de los accionistas.

En cualquier caso, tanto de los considerandos reproducidos de la sentencia *Elettronica Sicula* como del laudo *AMT v. Zaire* se desprende claramente que, mediando un tratado sobre protección de inversiones, es necesario detenerse en la interpretación de sus disposiciones, como bien ha puesto de relieve Sornarajah⁶². Huelga subrayar la trascendencia de esta operación⁶³.

⁶¹. Véase en especial F. A. Mann, "Foreign investment in the International Court of Justice: the ELSI case", *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, pp. 92 y ss. (en pp. 98-100); P. Juillard, "L'arrêt de la Cour Internationale de Justice (Chambre), du 20 de juillet 1989 dans l'affaire de l'Elettronica Sicula, procès sur un traité ou procès d'un traité?", *Annuaire Français de Droit International*, 1989, pag. 276 y ss. (especialmente pp. 277-280); C. Jeancolas, "L'arrêt Elettronica Sicula S.p.A., (ELSI) du 20 de juillet 1989, EEUU c. Italie", *Revue Générale de Droit International Public*, 1990-3, pp. 701 y ss.; S. A. Kubiowski, "The case of Elettronica Sicula S.P.A.: Toward Greater Protection of Shareholders' Rights in Foreign Investments", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 29, 1991, pp. 215 y ss.; y B. Stern, "La Protection diplomatique des investissements internationaux. De Barcelona Traction a Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse", *Journal de Droit International*, 1990-4, pp. 897 y ss. Esta última autora afirma que "hay situaciones excepcionales que pueden hacer pertinente el levantamiento del velo social en interés de los accionistas.../... la legitimación activa de los EEUU hubiera podido basarse en el argumento de que en este caso se atentaba contra una sociedad nacional del Estado autor del ilícito, hipótesis en la que la CIJ no ha descartado una acción independiente" (pp. 924-925).

⁶². Véase M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 1994, quien señala: "But even this may not provide much relief for the foreign investor in circumstances where the host state takes over control of the company without affecting the shareholding in the company. The company cannot be protected simply because it is a corporate national of the host state and the shareholdings cannot be protected as they have not been affected. A state could also take over management of a company, without affecting the company or its shareholdings. **In these circumstances, protection will depend on the manner in which the taking of property is defined in the treaty**" (énfasis añadido) (en p. 249).

⁶³. A. Remiro Brotons ha afirmado al respecto "...gracias a la interpretación los agentes de la aplicación tienen en su mano iluminar o, por el contrario, oscurecer el porvenir de un tratado, de llevarlo a la Casa de la Vida o conducirlo a la Casa de la Muerte", en *Derecho Internacional Público 2. Derecho de los tratados*, Madrid, 1987, p. 306.

Ante la inexistencia de reglas particulares de interpretación contenidas en los propios APPRIS, procede la interpretación sobre la base de las reglas generales establecidas en la Convención de Viena de 1969⁶⁴. De acuerdo con su artículo 31.1, todo tratado ha de interpretarse de buena fe, en una operación combinada en la que confluyen en pie de igualdad los criterios gramatical, sistemático o contextual y teleológico.

La toma en consideración del objeto y del fin del tratado (dimensión teleológica) conduce a una exégesis de sus términos que, buscando satisfacer el fin querido por las partes, asegure la mayor efectividad posible (regla del efecto útil) compatible con el sentido ordinario de aquellos en el contexto del tratado. En este sentido, la CDI afirmó que *“si un tratado da pie a dos interpretaciones, de las cuales una permite que el tratado surta los efectos adecuados y la otra no, la buena fe y el objeto y el fin del tratado requieren que se adopte la primera interpretación”*⁶⁵. Téngase sin embargo en cuenta que la regla del efecto útil no comporta necesariamente una interpretación extensiva del tratado. Como ha señalado Remiro Brotons, *“el efecto útil resultante de la operación interpretativa significa escoger, entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquélla que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin y no la solución ideal que las partes no han tenido intención de consentir”*, de modo que *“el resultado de la operación interpretativa no tiene por qué ser ni extensiva ni restrictiva, sino simplemente adecuado”*⁶⁶.

Partiendo de estas consideraciones, debemos ante todo advertir que el objeto y fin de los APPRIS es proteger no tanto a los inversores de las partes en

⁶⁴ En relación con la interpretación de los tratados véase, sobre todo, A. Remiro Brotons, *Derecho Internacional Público 2...*, ob. cit., pp. 305 y ss.; también pueden consultarse las obras de I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, 1984, pp. 114 y ss., de P. Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, Londres, 1989, pp. 73 y ss., y, en la bibliografía española, C. Fernández Casadevante, *La interpretación de las normas internacionales*, Pamplona, 1996.

⁶⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18º periodo de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, II, p. 240 (el subrayado es nuestro).

⁶⁶ A. Remiro Brotons, *Derecho Internacional Público 2. ...*, ob. cit., p. 308. H. Lauterpach (*The Development of International Law by the International Court*, Londres, 1958) habla del máximo efecto útil compatible con la intención común de las partes (p. 229). Véase también el tercer informe del Relator especial, H. Waldock, en relación con este principio (Informe del Relator especial, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1964, vol. II, pp. 54 y ss).

abstracto sino, más concretamente, a las *inversiones* que realizan en el territorio de la otra parte. En este sentido se expresan todos los APPRIs celebrados por España con América Latina en su preámbulo: “*crear las condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las Partes en el territorio de la otra*”⁶⁷. Lacónico sí, pero no carente de virtualidad. ¿Acaso puede considerarse que se cumple el objeto y fin de los APPRIs si sus disposiciones no resultan de aplicación a las inversiones realizadas a través de sociedades locales sometidas al control del inversor extranjero? Si la inversión a través de sociedades locales no sólo es sumamente frecuente sino que en muchos casos viene impuesta por la legislación del Estado huésped, ¿no perderían los APPRIs buena parte de su utilidad? ⁶⁸. Parece razonable concluir, pues, que la aplicación de la regla del efecto útil debe llevarnos a preferir la interpretación de los APPRIs que defendemos, siempre y cuando, claro está, resulte compatible con el tenor y el contexto de sus disposiciones.

Pues bien, el segundo elemento a tomar en consideración en esta operación interpretativa es que todos los APPRIs considerados ofrecen una definición omnicomprendensiva de inversión (“*todo tipo de haberes...*”), a la que sigue una relación de haberes a título meramente ejemplificativo ⁶⁹. El ámbito de aplicación objetiva de los APPRIs abarca en realidad a cualquier tipo de activo, haber o interés ⁷⁰, no excluyéndose que la inversión pueda tomar la forma de una compañía constituida bajo el ordenamiento del Estado receptor.

En la tarea de interpretación de los tratados, concretamente en la determinación del sentido ordinario que haya de darse a sus términos, se ha admitido la utilidad de acudir a los tratados análogos de la misma época ⁷¹ y al acudir a ellos nos encontramos con que es frecuente la inclusión de las sociedades locales efectiva-

⁶⁷. El preámbulo no sólo forma parte del contexto de un tratado sino que sirve en muchos casos para la determinación de su objeto y fin; sobre el valor de los preámbulos, véase los pronunciamientos de la CIJ en el *Asunto relativo a los derechos de los nacionales de EEUU en Marruecos*, sentencia de 27 de agosto de 1952, ICJ, *Reports* 1952, p. 183.

⁶⁸. G. Sacerdoti (“*Bilateral Treaties ...*”, ob.cit.) señala que “*It is clear that, in the view of the prevailing practice to carry out investments abroad by means of locally organized subsidiary companies, the general standards of fair, national and mfn treatment provided for foreign investments in BITs would be meaningless, contrary to their purpose, should the separate legal personality and different nationality of the subsidiary bar the application of those standards to foreign-owned or controlled companies, i.e. to FDI operations*” (en p. 313).

⁶⁹. Es en realidad el caso de todos los APPRIs; véase en este sentido UNCTAD, *Scope and Definition*, cit., pp. 18 y ss.

⁷⁰. *Ibid.*, pp. 231 y ss.

⁷¹. A. Remiro Brotons, *Derecho Internacional Público 2. ...*, ob. cit., p. 310.

mente controladas por inversores de la otra parte dentro de la definición de inversiones que ofrecen los APPRI. Por lo que se refiere a los APPRI celebrados por España, es el caso no sólo de los Acuerdos con Bolivia, Costa Rica, México y Panamá, referidos en el epígrafe anterior, sino de otros, tales como los concluidos con Eslovenia, Sudáfrica o Ucrania⁷². En otros APPRI de los que no es parte España no sólo se incluyen disposiciones análogas sino que, además, se alude a los supuestos de control indirecto de las sociedades locales por el inversor de la otra parte. Así, el Acuerdo entre Argentina y Francia⁷³, señala que: “*el término inversores designa a las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las partes contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas de conformidad a la legislación de la misma*”⁷⁴.

Cierto es que el hecho de que otros APPRI incluyan referencias expresas a las sociedades locales pudiera ser interpretado en sentido contrario, esto es, como una prueba de que en los APPRI que guardan silencio las partes tuvieron la intención de excluir a tales sociedades. No es sin embargo razonable pensar que, por lo que hace a *nuestros* APPRI, España pretendiera y aceptara una protección más limitada de las inversiones de sus nacionales en Paraguay que en México, por citar un ejemplo⁷⁵.

En síntesis, del análisis de los APPRI celebrados por España con países de América Latina, así como de la jurisprudencia internacional, cabe sostener que, aun a falta de disposiciones expresas al respecto, todos ellos cubren las inversiones realizadas a través de sociedades locales.

Siendo ello así, también debemos concluir que, aun cuando un APPRI no aluda al carácter indirecto de la inversión, los supuestos de inversiones a través de sociedades interpuestas, nacionales de terceros países, quedan igualmente cubiertos siempre que se de un control efectivo de éstas⁷⁶. En favor de

⁷². APPRI de 1998, 2000 y 1998 respectivamente. Para más información, se puede acudir a la dirección http://www.mcx.es/polco/inversiones_exteriores/acuerdosinternacionales/apris/acuerdosapris.pdf.

⁷³. Art. 2.c) del Acuerdo entre Argentina y Francia de 3 de julio de 1991.

⁷⁴. También es el caso del APPRI España-México; véase *supra* nota 29.

⁷⁵. Refiriéndose a los APPRI celebrados por Venezuela, el laudo arbitral CIADI de 11 de julio de 1997 en el asunto *FEDAX N.V. c. Venezuela* afirma que “*While this practice is varied, it is possible to conclude that every time the Republic of Venezuela has wished to exclude investments that are not manifestly direct, it has done so in unequivocal terms*” (párr. 36); as. CIADI ARB/96/3, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 37, 1998, pp. 1378 y ss.

⁷⁶. Véase en el epígrafe 2 los supuestos de APPRI celebrados por España con países latinoamericanos que, a nuestro entender, resuelven expresamente la cuestión en este sentido.

esta interpretación militan de nuevo el objeto y fin de estos acuerdos, así como la interpretación gramatical y contextual de sus disposiciones. A este último respecto, debemos de nuevo recordar el concepto amplio de inversión contenida en ellos, así como el hecho de que sus disposiciones aluden a inversiones “efectuadas” o “realizadas”, sin requerir que entre inversión e inversión medie una relación de propiedad en sentido estricto ⁷⁷. A nadie se le oculta que, sin embargo, esta interpretación suscita a veces reservas ⁷⁸.

Para terminar, añadiremos algunos comentarios en relación con los APPRI con Cuba y El Salvador. Como ya vimos en el epígrafe anterior, estos acuerdos no incluyen con carácter general a las sociedades locales controladas por inversores de la otra parte en la definición de inversión, pero algunos de sus preceptos si extienden la protección que en ellos se dispensa –trato justo y equitativo, en el primero (artículo 4.1), y derecho a una indemnización en caso de expropiación, en el segundo (artículo 5.3)– en favor de aquéllas. ¿Cómo han de interpretarse estos preceptos? ¿Cómo la excepción que confirma la regla general, esto es, que las sociedades locales no se incluyen en el ámbito de aplicación del resto del acuerdo? ¿O como expresión particularizada de una regla general implícita en el APPRI?

A nuestro juicio, se impone la segunda solución, toda vez que la primera resulta sumamente formalista y en exceso apegada a la literalidad del texto. Por lo demás, debe observarse que, en realidad, estos preceptos van más lejos, pues extienden la protección de los APPRI en cuestión frente a medidas (expropiatorias en el caso del APPRI con El Salvador y contrarias a la obligación de trato justo y equitativo en el de Cuba) dirigidas contra las inversiones realizadas por sociedades locales en las que participen inversores de la otra parte, sin requerir que éstos tengan su control ⁷⁹.

3.2. *La posición de los accionistas minoritarios*

En páginas anteriores nos hemos ocupado de los supuestos de daños ocasionados por el Estado huésped de la inversión a sociedades locales controladas por inversores extranjeros, llegando a la conclusión de que éstos pueden reclamar por tales daños al amparo del correspondiente APPRI.

⁷⁷ En el informe de la UNCTAD “Scope and definition”, varias veces cit., se señala que “Typically, investment agreements apply to investment ‘of’ or ‘by’ a covered investor. The obvious inference is that the investment must be owned or controlled by the investor” (p. 41).

⁷⁸ Véase de nuevo el informe “Scope and Definition” (p. 43) y G. Sacerdoti, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments...”, ob. cit., pp. 319 y ss.

⁷⁹ También es el caso de los APPRI con Bolivia, Costa Rica, Panamá y Venezuela, según vimos *supra* en el epígrafe 2.2.

Ahora bien, ¿podrá formular una reclamación *ex* APPRI un inversor extranjero que sea accionista minoritario de una sociedad local, ya sea de una sociedad local controlada por otros inversores extranjeros amparados por el APPRI o de una sociedad local controlada por nacionales del Estado de inversión?

No cabe duda de que el *ius standi* para reclamar *ex* APPRI no se limita a los inversores extranjeros que controlen una sociedad local. Muy al contrario, todo accionista que pueda ser considerado como inversor extranjero de acuerdo con un APPRI podrá formular una reclamación con fundamento en sus disposiciones, siendo así que, con carácter general, los APPRIs acogen un concepto amplio de inversión (que, en todo caso, cubre las acciones en sociedades locales).

A nuestro juicio, los APPRIs celebrados por España con países latinoamericanos, al igual que el artículo 25 del Convenio CIADI, no dejan lugar a dudas a este respecto. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia arbitral CIADI. Así, en el reciente laudo de 17 de julio de 2003 asunto *CMS c. República Argentina* el Tribunal afirmaba en relación con el mencionado artículo del Convenio CIADI que:

*"Precisely because the Convention does not define "investment", it does not purport to define the requirements that an investment should meet to qualify for ICSID jurisdiction. There is indeed no requirements that an investment, in order to qualify, must necessarily be made by shareholders controlling a company or owning the majority of its shares"*⁸⁰

En este mismo sentido, cabe igualmente recordar la Decisión de jurisdicción en el asunto *Lanco International c. República Argentina*, de 8 de diciembre de 1998⁸¹ y la decisión de anulación de 18 de junio de 2002 en el asunto *Compañía de Aguas de la Aconquija*⁸².

⁸⁰ Párr. 51 del laudo. As. CIADI ARB/01/8; reproducido en *International Legal Materials*, vol. 42, 2003 pp. 788 y ss.

⁸¹ As. CIADI ARB 97/6; reproducido en *International Legal Materials*, vol. 40, 2001, pp. 457 y ss.

En su párrafo 10, la Decisión señala que: *"Treaty says nothing indicating that the investor in the capital stock has to have control over the administration of the company, or a majority share; thus the fact that Lanco holds an equity share of 18% in the capital stock of the Grantee allows one to conclude that it is an investor in the meaning of article 1 of the Argentina - US Treaty"*.

⁸² Decisión antes cit. Véase el párr. 50, en el que se indica que *"[...] no puede argumentarse que CGE no tenía una inversión en CAA desde la fecha de celebración del contrato de concesión, o que no era un inversor con respecto a su propia participación accionarial, aunque tuviera o no control de CAA en su conjunto"*.

Sin embargo, afirmar que el accionista minoritario de una sociedad local goza de *ius standi* para reclamar con fundamento en un APPRI no determina el alcance de la protección que le otorga. ¿Y cual es dicho alcance? De nuevo se abren las dos posibilidades mencionadas al comienzo del epígrafe anterior: a) considerar que la protección sólo abarca sus derechos en tanto que accionista (ejercicio de derechos sociales, derecho al dividendo, en caso de expropiación de las acciones, derecho a una indemnización por el importe equivalente a su valor); o, b) que asimismo le ampara frente a los daños sufridos indirectamente, por daños causados a la sociedad local.

Un análisis pormenorizado de la jurisprudencia arbitral no permite llegar a conclusiones definitivas, si bien existen argumentos a favor y en contra de una u otra interpretación. Entre los últimos se encontraría el hecho de que algunos de los APPRI celebrados entre España y América Latina exigen el control efectivo de las sociedades locales para su toma en consideración como inversión (recordemos los Acuerdos con Bolivia, Costa Rica, México y Panamá). Sin embargo, si negáramos a los accionistas minoritarios la posibilidad de reclamar por tales daños indirectos (tanto en el supuesto de sociedades locales controladas por inversores locales como en el de sociedades locales controlados por otros inversores extranjeros), la eficacia de los APPRI quedaría mermada. En efecto, tratándose de inversiones a través de sociedades locales, la plena protección de los APPRI sólo operaría en relación con inversores que ostenten el control efectivo de las sociedades locales.

En todo caso, algunos de los APPRI considerados en este trabajo merecen una consideración aparte. Nos referimos, en primer lugar, a los acuerdos celebrados con Bolivia, Costa Rica, Panamá, Venezuela y El Salvador que, como se ha visto, extienden expresamente la protección frente a cualquier medida de expropiación de activos de una sociedad local en la que participe un inversor extranjero, sin exigir que dicho inversor extranjero ostente el control efectivo de la sociedad. Y, en segundo lugar, al acuerdo con Cuba que, por su parte, extiende el derecho a un trato justo y equitativo al inversor extranjero a través de sociedad local, sin exigir tampoco que ostente el control efectivo. Es claro que a la luz de estas disposiciones el accionista minoritario de una de las partes en el APPRI podrá reclamar por conductas que presuntamente infrinjan los derechos ante mencionados ⁸³.

Para terminar, no queremos dejar de apuntar que el laudo que pronuncie el tribunal arbitral en cuanto al fondo en el asunto *CMS c. Argentina* contribui-

⁸³. Véase *supra* epígrafe 2 de este trabajo.

rá sin duda a despejar las incógnitas que se ciernen sobre estos supuestos. El lenguaje que el Tribunal emplea en el laudo de jurisdicción permite, tal vez, aventurar que su posición será favorable a una amplia protección de los accionistas minoritarios.

III. POSIBLE INCIDENCIA DE LAS ACTUACIONES DE LAS SOCIEDADES LOCALES ANTE LOS TRIBUNALES NACIONALES EN EL SISTEMA DE ARREGLO DE CONTROVERSIAS PREVISTO EN EL APPRI.

Como ya mencionamos en la introducción a este trabajo, la mayoría de los APPRIs analizados prevén que, tras intentar un arreglo amistoso, el inversor puede acudir bien a los tribunales internos del Estado huésped o bien al arbitraje internacional, configurándose ambas vías como excluyentes entre sí. A este modelo responden los acuerdos con Bolivia, Chile, Cuba, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. En cambio, los Acuerdos con Argentina y Uruguay exigen al inversor someter la controversia a los tribunales nacionales antes de acudir al arbitraje. En concreto, salvo acuerdo entre las partes, el inversor sólo puede acudir al arbitraje 18 meses después de iniciarse el proceso judicial interno ⁸⁴.

⁸⁴. Los mecanismos de solución de controversias entre el Estado huésped y los inversores extranjeros contemplados en los APPRIs con Costa Rica, Ecuador y República Dominicana presentan particularidades propias.

Los Acuerdos con Ecuador y República Dominicana tan sólo prevén (en sus respectivos arts. 11) que el inversor pueda acudir al arbitraje internacional tras agotar un plazo de seis meses durante el cual debe procurar un arreglo amistoso. Sin embargo, el Acuerdo con la República Dominicana precisa que la obligación de procurar un arreglo amistoso debe entenderse “*en la medida de lo posible y sin menoscabo de los procedimientos legales de la Parte Contratante receptora de la inversión*”, descartando así que el recurso a los tribunales internos constituya una “elección de vías” que excluye el arbitraje; esta misma solución puede considerarse implícita en el Acuerdo con Ecuador.

En cuanto al Acuerdo con Costa Rica, si bien el art. XI parece configurar en su apartado 2 el arbitraje y los tribunales nacionales como vías alternativas y excluyentes entre sí, su apartado 3 precisa lo siguiente: “*Una vez que el inversor haya remitido la controversia a un tribunal arbitral, esta decisión será definitiva. Si el inversor hubiera sometido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, éste podrá, asimismo, recurrir a los tribunales de arbitraje mencionados en el presente artículo, siempre y cuando dicho tribunal nacional no hubiera emitido sentencia. En este último caso el inversor deberá adoptar las medidas que se requieran a fin de desistir definitivamente de la instancia judicial en curso*”.

También señalamos entonces que en la activación de cualquiera de estos mecanismos de solución de controversias un inversor extranjero se puede enfrentar a ciertos problemas como consecuencia de actuaciones previas de las sociedades locales objeto de la inversión. Pensemos en el caso de que la sociedad local reclame ante los tribunales nacionales frente a medidas de carácter expropiatorio adoptadas por los poderes públicos sin la correspondiente indemnización. ¿Impediría ello al inversor extranjero formular una reclamación arbitral frente al Estado huésped con fundamento en el APPRI si éste configura el recurso a los tribunales internos como una alternativa al arbitraje? En otras palabras, ¿la actuación de la sociedad local supondría una “elección de vías”? Y en el caso de los Acuerdos con Argentina y Uruguay, ¿estará el inversor extranjero obligado a someter antes la controversia ante los tribunales nacionales aun cuando hubieran transcurrido 18 meses desde que la sociedad local reclamó?

Por lo que se refiere a la primera cuestión, entendemos que —a salvo el caso del APPRI con Venezuela que requiere un examen aparte— la actuación de la sociedad local no puede ser considerada como una elección de vías a efectos del APPRI por tres tipos de razones: en primer lugar, la sociedad local y el inversor extranjero tienen, como es obvio, personalidad jurídica propia; en segundo lugar, los APPRI en cuestión no incluyen a las sociedades locales dentro de su ámbito de aplicación subjetiva, es decir, éstas no son inversores; y en tercer lugar, al no ser inversores protegidos por los APPRI, las sociedades locales no podrán reclamar ante los tribunales nacionales con fundamento en sus disposiciones (sino únicamente en el derecho nacional del Estado de inversión).

Ciertamente, la posición que mantenemos podría considerarse inconsistente con el hecho de que, según señalamos en epígrafes anteriores, a nuestro juicio todos los APPRI considerados incluyen dentro de su ámbito de aplicación objetiva —ya sea de manera expresa o implícita— a las inversiones realizadas por inversores de la otra parte a través de sociedades locales. Sin embargo, ello no convierte a las sociedades locales en inversores protegidos por el APPRI ni les faculta para reclamar con fundamento en él (de hecho, una sociedad local no podría pretender acudir al arbitraje invocando las disposiciones del APPRI, como señala expresamente el Acuerdo con México ⁸⁵). La extensión del ámbito de aplicación objetiva de los APPRI a las inversiones realizadas a través de sociedades locales permite que dichas sociedades sean consideradas como “inversión extranjera” y, en consecuencia, que el inversor

⁸⁵. Véase *supra* nota 27.

extranjero –no otro sujeto– pueda formular una reclamación por actuaciones del Estado huésped que, al perjudicar los derechos o intereses tales sociedades, afecten a su inversión (siempre que se trate –claro está– de actuaciones contrarias al APPRI).

La jurisprudencia arbitral parece seguir esta línea. El laudo del Tribunal arbitral UNCITRAL de septiembre de 2001 en el asunto *Lauder v. República Checa*, basado en el APPRI Estados Unidos-Chequia, resulta particularmente esclarecedor.

Se trataba de una inversión realizada por el norteamericano Lauder a través de la sociedad interpuesta CME, de nacionalidad holandesa –inversión, por tanto, indirecta–. CME realizó a su vez la inversión a través la sociedad local CNTS, de nacionalidad checa. Los hechos que motivaron la controversia dieron lugar a diferentes reclamaciones. En primer término, varios procedimientos ante los tribunales checos en los que eran partes las sociedades CME y CNTS. En segundo lugar, a una reclamación de la sociedad interpuesta CME –basada en la APPRI Países Bajos-Chequia– por actos de las autoridades checas que perjudicaron a la sociedad local CNTS, participada en 99% por CME (laudo de 13 de septiembre de 2001 ya examinado ⁸⁶). Finalmente, una nueva reclamación arbitral formulada por el norteamericano Lauder –que ostentaba el control de CME– contra Chequia, basada en el APPRI EEUU-Chequia, resuelta por el laudo de septiembre de 2001.

En el marco de la tercera reclamación el Tribunal examina la alegación de la República Checa según la cual el artículo VI del APPRI con Estados Unidos precluye el ejercicio de jurisdicción cuando la misma controversia hubiera sido sometida –como entendía Chequia que era el caso– a los tribunales checos o a otro tribunal arbitral.

El Tribunal arbitral descartó sin embargo el argumento del Estado de inversión señalando que:

“The resolution of the investment dispute under the Treaty between Mr. Lauder and the Czech republic was not brought before any other arbitral tribunal or Czech court before –or after– the present proceedings was initiated. All other arbitration or court proceedings referred to by the Respondent involve different parties, and deal with different disputes”⁸⁷.

⁸⁶. Laudo en el epígrafe 3 de este trabajo.

⁸⁷. Párr. 162; laudo no publicado (en la versión del laudo de que disponemos no se señala el día del mes de septiembre de 2001 en que fue pronunciado).

Estos mismos argumentos –partes y controversias diferentes– sirvieron al Tribunal para descartar que se hubiera vulnerado el principio *lis abili pendens* o que la actuación del Sr. Lauder pudiera ser considerada como abusiva desde el punto de vista procesal⁸⁸.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal arbitral en el repetido laudo de 13 de septiembre de 2001 en el asunto *CME v. República Checa*⁸⁹.

También el laudo del Tribunal arbitral CIADI de 18 de junio de 2001 en el asunto *A. Genin, Eatern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil v. Estonia* sigue la línea de los laudos anteriores, si bien su razonamiento se centra en la diferencia de causa en las demandas formuladas por la sociedad local (*Estonian Innovation Bank* –EIB–) ante los tribunales estonios, por una parte, y por Genin en el procedimiento arbitral, por otra. En efecto, aun cuando ambas reclamaciones tenían por objeto determinadas conductas del Banco de Estonia (imputables al Estado), el Tribunal sostuvo que:

“331. [...] the lawsuits in Estonia relating to the purchase by EIB of the Koidu branch of Social Bank and to the revocation of EIB's license are not identical to Claimants' cause of action in the 'investment dispute' that they seek to arbitrate in the present proceedings. The actions instituted by EIB in Estonia regarding the losses suffered by EIB due to the alleged misconduct of the Bank of Estonia in connection with the auction of the Koidu branch and regarding the revocation of the Bank's license certainly affected the interests of the Claimants, but this in itself did not make them parties to these proceedings.

332. The distinction between the causes of action brought by EIB, in Estonia, and by the Claimants, here, is best illustrated by the circumstances of the EIB's recourse to the courts in the matter of its licence revocation. The effort by EIB to have the Bank of Estonia's decision overturned, and its license restored, was in effect undertaken on behalf of all the Bank's shareholders (including minority shareholders), as well as on behalf of its depositors, borrowers and employees, all of whom were damaged by the cessation of EIB's activities. It is quite obvious that this matter had to be litigated in Estonia; there was no other jurisdiction competent to deal with the restoration of the status quo. The “investment dispute” submitted to ICSID arbitration, on the other hand, relates to the losses allegedly suffered by the Claimants alone, arising from what they claim were

⁸⁸. Párr. 171; véanse también los párr. 172, 174 y 177.

⁸⁹. Párr. 401-415 del laudo, antes cit.

*breaches of the BIT. Although certain aspects of the facts that gave rise to this dispute were also at issue in the Estonian litigation, the 'investment dispute' itself was not, and the Claimants should not therefore be barred from using the ICSID arbitration mechanism"*⁹⁰.

Ahora bien, frente a los anteriores pronunciamientos, la Decisión de anulación del laudo en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Compagnie Générale des Eaux v. República Argentina*⁹¹, dictado por el Comité *ad hoc* de anulación CIADI de 18 de junio de 2002, puede considerarse como un precedente de signo contrario, pues en ella se afirma que:

*"[...] En opinión del Comité, una reclamación por parte de CAA [la Compañía de Aguas de Aconquija, filial argentina de la sociedad francesa Compagnie Générale des Eaux] contra la Provincia de Tucumán por violación del Contrato de concesión ante los tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán estaría prima facie dentro del alcance del Artículo 8(2) [del APPRI Argentina-Francia] y constituiría una elección de fuero y jurisdicción 'de carácter definitivo', siempre y cuando se constate que dicha reclamación fuera idéntica en su extensión a una diferencia relativa a inversiones efectuadas bajo el TBI"*⁹².

Sin embargo, las palabras del Comité *ad hoc* deben ser analizadas con cautela. La demanda se había realizado sobre la base del APPRI Francia-Argentina, el cual tiene la particularidad –como es el caso también del APPRI España-Venezuela– de incluir a la sociedad local en la definición de inversor. Ello nos sitúa ante un escenario radicalmente distinto: por un lado, porque la sociedad local está incluida dentro del ámbito de aplicación subjetiva del APPRI; y, por otro, porque, al ser inversor protegido por el APPRI, podría reclamar ante los tribunales nacionales con fundamento en sus disposiciones (no únicamente en el derecho nacional del Estado de inversión). Más aun, se puede incluso entender que, en este caso, este Acuerdo –al igual que el de España-Venezuela– reconoce *ius standi* a la propia sociedad local, según parece desprenderse de los pronunciamientos del Tribunal arbitral en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija*⁹³, objeto de la decisión de anulación.

⁹⁰. As. CIADI ARB/99/2; laudo disponible en www.worldbank.org/icsid.

⁹¹. Laudo de 1 de noviembre de 2000, as. CIADI ARB/97/3; reproducido en *International Legal Materials*, vol. 40, 2001, pp. 426 y ss..

⁹². Párr. 55 de la Decisión, reproducida en *International Legal Materials*, vol. 41, 2002, pp. 1135 y ss.

⁹³. Véase párr. 24 (nota 6) del laudo, antes citado.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Comité señala en su Decisión que para que se produzca elección de foro se ha de constatar que dicha reclamación es “*idéntica en su extensión a una diferencia relativa a inversiones efectuadas bajo el TBP*”, es decir que tenga el mismo objeto que la reclamación arbitral.

En todo caso, admitido que pueda jugar una elección de vías en los Acuerdos así articulados, ello no es óbice para manifestar lo desacertado de esta opción en la redacción de un APPRI. Si, como hemos defendido, el elemento a proteger es la inversión, no el inversor, es claro que resulta más adecuado conceder *ius standi* para una reclamación arbitral únicamente al sujeto que, en definitiva, ha realizado tal inversión, no al *sujeto instrumental* por aquél utilizado. Ello se alcanza –como hemos visto– a través de la consideración de la sociedad local como “inversión extranjera”, no como “inversor”. De lo contrario, se está reconociendo de forma expresa derechos concurrentes al inversor extranjero y a la sociedad local, sin que quepa entre ellos establecer prioridad alguna. Sólo cabe esperar la cooperación entre ambos, lo que en la práctica puede no producirse y traducirse en un aumento de la inseguridad jurídica para la inversión realizada.

La Decisión de anulación del laudo en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Compagnie Générale des Eaux v. República Argentina* no contradice nuestra posición en el sentido de que las actuaciones de las sociedades locales ante los tribunales nacionales no suponen en principio una “elección de vías” (caso de que el APPRI contemple el recurso a estos tribunales y al arbitraje internacional como vías excluyentes entre sí), en la medida en que se formulan por personas distintas de los inversores y estén basadas en el Derecho nacional. El caso de APPRI que incluyen a la sociedad local en la definición de inversor es, como hemos visto, distinto.

No obstante, aparte de que nuestra posición podría no ser admitida por algún tribunal arbitral, debe tenerse presente que las actuaciones de la sociedad local ante los tribunales nacionales pueden causar “interferencias” en la reclamación arbitral. En efecto, las manifestaciones y alegaciones de la sociedad local en procedimientos ante los tribunales internos –por ejemplo, al valorar el importe de los daños causados por medidas de carácter expropiatorio– podrán ser invocadas por el Estado huésped ante el tribunal arbitral. Por otra parte, la indemnización que pudiera obtener la sociedad local debería ser tomada en consideración por el tribunal arbitral para reducir el importe de la indemnización a abonar al inversor extranjero, en su caso, por el Estado huésped. En este sentido se manifestó el Tribunal arbitral en el asunto *Lauder v. República Checa*:

*"The only risk [de admitir procedimientos paralelos ante diferentes tribunales], as argued by the Claimant, is that damages be concurrently granted by more than one court or arbitral tribunal, in which case the amount of damages granted by the second deciding court or tribunal could take this fact into consideration when assessing the final damage"*⁹⁴.

La conclusión que alcanzamos es obvia: toda actuación de la sociedad local ante las autoridades nacionales debe estar debidamente coordinada con el inversor extranjero para evitar que pueda perjudicar una reclamación arbitral basada en el APPRI. Más aun, la propia pertinencia de una actuación de la sociedad local debe ser examinada desde este prisma. Elementales consideraciones de prudencia nos llevan a considerar que la misma actitud procede respecto de cualquier actuación de carácter administrativo que pudiera emprender la sociedad local, a pesar de que, a nuestro entender, una actuación de esta naturaleza no podría ser considerada en caso alguno —ni siquiera si procede del inversor extranjero— como "elección de vías", ya que los APPRIs analizados refieren la elección del inversor al arbitraje internacional o a los "tribunales" o "jurisdicciones nacionales"⁹⁵.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión planteada al comienzo de este epígrafe, esto es, si en el caso de los Acuerdos con Argentina y Uruguay el inversor extranjero está o no obligado a someter la controversia ante los tribuna-

⁹⁴. Párr. 172 del laudo, antes citado.

En el mismo sentido se pronuncia el laudo de 13 de septiembre de 2001 en el asunto *CME v. República Checa*, varias veces cit.: "[...] *The fact that the object of the two proceedings, compensation for injury to the Claimant's investment, is the same, does not deprive the parties in the Treaty proceedings nor in the civil court proceedings of jurisdiction. An affirmative award and/or a judgement may have impact on the quantum of the damages adjudicated in the proceedings or give the right to the respective defendant to raise legal defences in the respective enforcement proceedings with the argument that the adjudicated damage claim has been already remedied under the award and/or judgement of the respective other proceeding*" (párr. 410).

⁹⁵. En el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija*, Argentina sostuvo que las demandantes se habían sometido a las jurisdicciones nacionales al proseguir los recursos administrativos ante las autoridades administrativas de Tucumán, argumento que, sin embargo, abandonó en fases subsiguientes del procedimiento, según se señala en el laudo de 21 de noviembre de 2001, antes cit.

El APPRI España-México resuelve expresamente esta cuestión; en efecto, el Título II (punto 2 *in fine*) de su Apéndice afirma que no hay elección de vías en el caso de "recursos administrativos ante las propias autoridades ejecutoras de la medida presuntamente violatoria previstos en la legislación de esa Parte Contratante".

les nacionales caso de que la sociedad hubiera acudido a ellos y hubieran transcurrido 18 meses, la respuesta debe ser a nuestro juicio afirmativa. En efecto, en coherencia con la posición que hemos venido sosteniendo, la reclamación de la sociedad local no puede ser asimilada a una reclamación del inversor. La situación podría ser distinta si, como ocurre en el Acuerdo con Venezuela, la sociedad local estuviera incluida en la definición de inversor y la reclamación estuviera basada –si ello es posible⁹⁶– en la infracción del APPRI.

Ahora bien, no debemos olvidar que en el caso de los APPRI con Argentina y Uruguay el inversor extranjero podría evitar el recurso a los tribunales nacionales del Estado de inversión gracias a la cláusula de la nación más favorecida incluida en ellos (como en cualquier otro APPRI). Como es sabido, la decisión del Tribunal arbitral CIADI de 25 de enero de 2000 sobre excepciones a la jurisdicción en el asunto *Maffezini v. España* confirma el juego de dicha cláusula en relación con las disposiciones en materia de solución de controversias contenidas en otros APPRI. Y así, ante la alegación por parte de España de que, de conformidad con el APPRI España-Argentina, el CIADI no podía ejercer jurisdicción mientras la parte demandante, de nacionalidad argentina, no hubiese intentado la reclamación ante los tribunales españoles, el tribunal arbitral concluyó que:

“[...] la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI [APPRI] Argentina-España comprende las disposiciones en materia de solución de controversias de este tratado. Por consiguiente, sobre la base de los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile-España [...] el Tribunal concluye que el demandante tiene derecho a someter la controversia actual al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles”⁹⁷.

Bastará, pues, con que el inversor extranjero amparado por el APPRI España-Argentina o España-Uruguay invoque otro APPRI celebrado por España, Argentina o Uruguay, según el caso, que permita el recurso directo al arbitraje⁹⁸.

⁹⁶ Recuérdese que el art. 8 del APPRI con Venezuela limita el mecanismo de arreglo de controversias a las que surjan “entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante”.

⁹⁷ Párr. 64 de la decisión, antes citada.

⁹⁸ Por ejemplo, el APPRI España-Chile, mencionado en la decisión en el asunto *Maffezini*, o los APPRI Argentina-Chile o Argentina-Estados Unidos.